



# Lineamientos sobre el derecho a la consulta previa y al consentimiento previo, libre e informado



**ASF**  
**Canada**

# Tabla de contenido

<b>1. RESUMEN EJECUTIVO</b> .....	3
<b>2. INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>3. CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA</b> .....	6
<b>3.A</b> Derecho internacional.....	7
<b>3.A.1</b> <i>¿Cuáles son los principios fundamentales en los cuáles se basa el derecho a la CP?</i> .....	7
<b>3.A.2</b> <i>¿Cómo se define un “pueblo indígena” y un “pueblo tribal”?</i> .....	9
<b>3.A.3</b> <i>¿Cuál es el alcance del derecho a la CP para pueblos indígenas y tribales?</i> .....	10
<b>3.B</b> Derecho colombiano .....	16
<b>3.B.1</b> <i>¿Cuáles son los principios fundamentales en los cuales se basa el derecho a la CP?</i> ...	16
<b>3.B.2</b> <i>¿Cómo se define un “pueblo indígena” y un “pueblo afro descendiente”?</i> .....	18
<b>3.B.3</b> <i>¿Cuál es el alcance del derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y afro descendientes?</i> .....	19
<b>3.B.4</b> <i>¿A quién se debe consultar?</i> .....	23
<b>3.B.5</b> <i>¿A partir de qué punto y hasta cuando aplica el derecho a la consulta previa?</i> .....	25
<b>3.B.6</b> <i>¿Quién es responsable de la aplicación del derecho a la consulta previa y cuáles son las reglas que deben guiar este proceso?</i> .....	26
<b>3.B.7</b> <i>¿Mediante qué recurso se puede exigir el derecho a la consulta previa?</i> .....	28
<b>3.C</b> Discusión .....	29
<b>4. CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO (CPLI)</b> .....	30
<b>4.A</b> Derecho internacional.....	31
<b>4.B</b> Derecho colombiano .....	33
<b>4.B.1</b> <i>¿Cuáles son los principios fundamentales en los cuales se basa el derecho al CPLI?</i> .....	33
<b>4.B.2</b> <i>¿Cuál es el alcance del derecho al CPLI para pueblos indígenas y afrodescendientes?</i> ...	33
<b>4.C</b> Discusión .....	35
<b>5. CONCLUSIÓN</b> .....	36
ANEXO I .....	38
ANEXO II .....	39
ANEXO III .....	40



# 1.

## RESUMEN EJECUTIVO

Desde la entrada en vigor del Convenio número 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “OIT”) *sobre Pueblos Indígenas y étnicos en Países Independientes* (en adelante “Convenio 169”), y específicamente en Colombia desde el nacimiento de la Constitución Política de 1991, se ha puesto sobre la mesa como punto de discusión, a nivel doctrinal y jurisprudencial, el tema del derecho de los pueblos indígenas y étnicos a la Consulta Previa (en adelante “CP”) y al Consentimiento Previo, Libre e informado (en adelante “CPLI”). En el caso latinoamericano tal debate se ha visto enriquecido gracias a la labor de los dos organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “SIDH”), principalmente en la delimitación del alcance y contenido de estos derechos, así como la garantía de los mismos.

Esta discusión surge, tanto en el ámbito internacional como colombiano, de la contraposición entre las políticas de desarrollo implementadas por los Estados y las posibles vulneraciones que éstas pueden ocasionar y han ocasionado a los derechos individuales y colectivos de los grupos étnicos. La relevancia que ha tomado esta discusión es el resultado de la exigibilidad que los grupos étnicos han hecho frente a dichas vulneraciones, y su defensa se ha convertido en el trabajo e interés de múltiples organizaciones, entre ellas Abogados sin fronteras Canadá (en adelante “ASFC”).

En este documento ASFC presenta un examen general de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y étnicos a la CP y al CPLI. La primera parte pretende demostrar, a través del análisis de los instrumentos nacionales e internacionales que protegen el derecho a la CP, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CorteIDH”) y las sentencias producidas por la Corte Constitucional colombiana, que el ordenamiento jurídico nacional colombiano presenta un menor grado de garantía y protección del derecho a la CP que el brindado por la esfera internacional, lo que evidencia el no cumplimiento del Convenio 169.

La segunda parte está dedicada al derecho al CPLI, que pese a ser un derecho que carece de aceptación general a nivel internacional, consideramos prudente dedicar un segmento a su discusión, estudio y promoción. El análisis parte del *caso Saramaka*, donde la CorteIDH enuncia por primera vez y de manera clara el derecho que, en determinados escenarios, tienen los pueblos indígenas y tribales al CPLI. Posteriormente se distinguen algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana que hicieron eco de la decisión de la CorteIDH, se dilucidan sus argumentos y se evidencia el abandono de dicha posición garantista por parte de la misma corporación. Finalmente, ASFC presenta sus reflexiones acerca de por qué estima el CPLI como un derecho legítimo de los pueblos indígenas y étnicos, apoyadas en las observaciones provenientes de la CorteIDH.

El objetivo principal de esta investigación es servir como herramienta de trabajo, como carta de navegación para quien desee acercarse a la materia. La exhaustividad, como se podrá ver, no fue la principal preocupación. Sin embargo, el documento presenta un acercamiento global que pretende servir como apoyo para la protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas y étnicos.

# 2.

## INTRODUCCIÓN

Los derechos a la CP y al CPLI reconocidos a los pueblos indígenas y tribales han ido progresivamente adquiriendo un papel fundamental para la protección de sus derechos al territorio, a la integridad cultural y a la autodeterminación. En las últimas dos décadas instituciones, legisladores y cortes nacionales e internacionales han dedicado particular atención a estos argumentos y se han elaborado numerosos instrumentos legislativos y jurisprudenciales con el ánimo de definir el alcance de estos importantes derechos.

A partir de su inclusión en el Convenio 169, el derecho a la CP ha tenido progresivamente mayor relevancia, debido a que esta institución jurídica puede influir de manera consistente en la definición de las políticas económicas y sociales de los países en donde hay presencia de pueblos indígenas y/u otras comunidades étnicas. La CP está en el centro del debate jurídico, con el propósito de definir un alcance preciso del mismo derecho que permita un equilibrio entre el derecho colectivo de los pueblos indígenas a participar en las decisiones que afectan sus territorios y el interés general del Estado al desarrollo económico y social. Los mayores esfuerzos en este sentido se han registrado en el continente Americano donde, gracias a la labor de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (“CIDH”, en adelante) y la CorteIDH, la CP se ha configurado como un instrumento efectivo de protección de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, se puede afirmar con cierta tranquilidad que esta tensión ha generado una sobreproducción de instrumentos normativos y jurisprudenciales que hacen difícil la identificación universal de su contenido. De hecho, no obstante los esfuerzos que se han llevado a cabo hasta hoy, son numerosos los aspectos críticos y los márgenes de incertidumbre respecto a este derecho.

Aún menos definido y más problemático resulta el contenido del derecho al CPLI. Éste ha tenido un importante impulso sobre todo tras la adopción en el 2007 de la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas* (la “Declaración de Naciones Unidas”, en adelante). Este instrumento, no obstante ser de carácter no vinculante, ha permitido ampliar el debate en materia de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones legislativas y administrativas que involucran a sus territorios. Este derecho tiene su fundamento en el hecho que los Estados no sólo tienen que garantizar la efectiva participación de los pueblos indígenas en los procesos de CP, sino que además deben asegurar determinadas condiciones para que el acuerdo sea alcanzado por medio de un consentimiento que tiene que ser, por lo tanto, previo, libre e informado. Sin embargo, como se verá en la parte final de este texto, la interpretación de este derecho es bastante controvertida y su aplicación encuentra varias limitaciones.

El presente documento tiene como objetivo fortalecer el trabajo jurídico de ASFC, sus socios y otras organizaciones que puedan estar interesadas, en materia de protección del derecho colectivo al territorio. En particular, basado en la experiencia de la oficina de ASFC en Colombia, propone un análisis tanto del marco internacional como del marco colombiano aplicable en la materia con el fin de permitir a juristas, y todos los interesados en este tema, una fácil reconstrucción de los avances que se han registrado en la definición del contenido, alcance y titularidad de los derechos a CP y CPLI. Sin embargo, este documento pretende poder servir de punto de partida para investigaciones jurídicas con respecto a casos en las Américas y, por tanto, las secciones dedicadas al análisis del derecho internacional relevante se enfocan principalmente en los avances alcanzados en la materia dentro del marco del SIDH.

Con respecto al caso colombiano, el trabajo realizado ha permitido identificar algunas limitaciones del marco aplicable en el país. Dichas divergencias entre el marco internacional y el marco doméstico podrían ser el punto de partida de investigaciones futuras o el objeto de una atención particular para demandas presentadas frente a los tribunales colombianos, mediante la figura del *bloqueo de constitucionalidad*, o frente al SIDH.

Este documento se divide en dos partes. La primera está enfocada en el derecho a la CP, mientras que la segunda analiza el derecho al CPLI. Ambas se estructuran de forma simétrica y contienen a la vez tres secciones: a) derecho internacional; b) derecho colombiano; c) discusión. Mientras que la primera sección analiza los principales aspectos que internacionalmente están vigentes en la materia, enfocándose sobre todo en la labor de la CIDH y de la Corte IDH, la segunda revisa los estándares aplicables según el marco legislativo nacional. Finalmente, la tercera sección presenta algunas notas críticas para facilitar una reflexión sobre los aspectos problemáticos y los márgenes de mejoramiento que se pueden utilizar para obtener una mejor definición del contenido, interpretación y aplicación de los derechos a la CP y al CPLI.

# 3.

## CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, afrocolombianos y rom está reconocido y protegido por varios tratados y documentos internacionales de derechos humanos. De ello se desprende que ciertas políticas públicas de un Estado, las cuales interferirían con su autonomía, o intervenciones por parte del Estado o de terceros en su territorio, deben estar sujetas a criterios estrictos. Es allí donde surge el derecho fundamental a la CP, libre e informada de los pueblos indígenas, afrocolombianos y rom. En algunos casos donde la CP no basta para asegurar la integridad de dichos pueblos, el derecho internacional ha reconocido también el derecho a dar, o detener, su consentimiento, sobre el que trataremos en la sección siguiente.

Cabe notar que tanto el derecho a la consulta como el consentimiento son a la vez derechos fundamentales en sí mismos y prerrequisito indispensable para el goce de otros derechos fundamentales.

En la presente sección, se detallará la definición del derecho a la consulta dada por el derecho internacional – con un enfoque particular sobre el SIDH – y por el derecho colombiano.

## 3.A Derecho internacional

### 3.A.1 ¿Cuáles son los principios fundamentales en los cuáles se basa el derecho a la CP?

Varios tratados y documentos de derecho internacional protegen, de manera directa o indirecta, el derecho a la consulta. En la materia, cabe notar que no sólo son los instrumentos que protegen explícitamente el derecho a la consulta que pueden ser útiles en la reivindicación de dicho derecho. Todos los instrumentos que garantizan la autodeterminación, la autonomía, la integridad, la igualdad y el desarrollo de los pueblos, asimismo afirmando los principios que pretende garantizar el derecho a la consulta, son relevantes para afirmar tal derecho<sup>1</sup>.

En el marco del Derecho Universal de los Derechos Humanos, el derecho a la CP encuentra una primera fuente en el artículo 27 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (“PIDCP”, en adelante) adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. En éste se dispone que “*[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*”<sup>2</sup>. Aunque es una norma que reconoce el derecho de las minorías como un derecho individual, la misma ha sido una importante base para desarrollar el derecho a la consulta. De la observación general 23 del Comité de Derechos Humanos adoptada en 1994, se desprende que los derechos reconocidos individualmente en el artículo 27 del PIDCP están estrictamente vinculados con la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión<sup>3</sup>. El Comité afirma claramente que el Estado debe adoptar medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les [los] afectan en cuanto los derechos

culturales de las minorías se manifiestan en varias formas, “*inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres*”<sup>4</sup>. De esta manera, se evidencia cómo el derecho a la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones encuentra un primer fundamento en el derecho a la identidad cultural, reconocido tanto individual como colectivamente.

La relación entre pueblos indígenas y derecho al territorio (y al uso de los recursos presentes en éste) constituye el núcleo principal alrededor del cual se desarrolla el derecho a la consulta y, al mismo tiempo, encuentra en este derecho su mejor aliado para la protección de los derechos a la identidad cultural y a la libre determinación. Sin tener el ánimo de ser exhaustivos con respecto al marco internacional que sustenta esta relación, se destaca la importancia que el Convenio 169 de la OIT tiene en este ámbito. Dicho instrumento normativo es particularmente relevante en cuanto presenta la gama entera de derechos reconocidos a los pueblos indígenas y tribales como un único conjunto de derechos *interdependientes e indivisibles*<sup>5</sup>. El Convenio 169 de la OIT dedica una sección entera a la definición del concepto de territorio y a la centralidad que éste tiene en la construcción de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales. Esta relación de interdependencia entre elemento territorial y cultural es el fundamento del derecho a la libre determinación. En una impostación de tipo integral e integrada como la que se propone el Convenio 169 de la OIT, el derecho a la consulta se posiciona como el mecanismo que permite que todos los demás derechos adquieran un valor más allá de lo formal. En otras palabras, la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que involucran sus territorios es elevada a instrumento para permitir y, en un cierto sentido garantizar, la real configuración de los demás derechos. El análisis de las relaciones de interdependencia entre los derechos configurados en el Convenio 169 de la OIT nos permite entender cómo los derechos al territorio y a la consulta constituyen la estructura base para el desarrollo de todos los demás derechos.

<sup>1</sup> Ver ANEXO I, Instrumentos de derecho internacional en materia de derecho a la CP.

<sup>2</sup> PIDCP, art. 27.

<sup>3</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General número 23, 50 período de sesiones, 1994, párr. 6.2.

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 7.

<sup>5</sup> URTEAGA CROVETTO, Patricia. “Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado en el Marco del Convenio 169 de la OIT. El caso Perú”, en *El Otro Derecho*, número 40, junio 2009, pp. 123-162.

El Convenio 169 es el instrumento internacional que mayormente ha influenciado todo el debate alrededor de los derechos de los pueblos indígenas. Este estándar no sólo tiene un gran valor a nivel universal, sino que ha influenciado de manera consistente la definición de los derechos de los pueblos indígenas a nivel regional<sup>6</sup>.

En cuanto al fundamento del derecho a la CP en el SIDH, es importante destacar cómo el Convenio 169 de la OIT ha sido particularmente relevante en este contexto. En efecto, la CorteIDH ha explicado cómo junto a las disposiciones de este instrumento, interpretadas conjuntamente con otros de tipo regional, ha sido posible definir el contenido y alcance del artículo 21 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* de 1969<sup>7</sup> (“Convención Americana”, en adelante). Esta norma, que protege el derecho a la propiedad privada, constituye el núcleo central alrededor del cual la CorteIDH ha desarrollado una línea jurisprudencial sobre el derecho de los pueblos indígenas y tribales a mantener su vínculo con la tierra<sup>8</sup>.

Por ejemplo, en la sentencia del *Caso Mayagna*, rendida en 2001 en contra de Nicaragua, la CorteIDH afirmó la importancia del derecho a la tierra como base fundamental de la existencia de un pueblo indígena, siendo ésta necesaria para la permanencia de sus culturas:

*Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su*

*integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras<sup>9</sup>.*

Lo anterior fue reiterado en 2005 en la sentencia del *Caso Yakye Axa*, rendida en contra de Paraguay:

*La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural<sup>10</sup>.*

Además, estudiando el alegato de violación del artículo 21 de la Convención Americana en el *Caso Sawhoyamaxa*, la CorteIDH recuerda en 2006 que el uso del territorio es relativo a cada cultura y que no se puede desconocer la relación de los pueblos indígenas o tribales con el territorio porque no está basada en su explotación intensiva:

*Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas<sup>11</sup>.*

<sup>6</sup> Tara Ward señala que, aunque el debate sobre CP y CPLI ha tenido su mayor impacto en América Latina, sobre todo gracias a la labor de la CIDH y de la CorteIDH, hay interesantes reconocimientos de estos derechos también en otras partes del mundo. Por ejemplo, un comunicado de la Comisión Africana de Derechos Humanos relativo al pueblo Ogoni del Delta del Níger destaca que el Estado debe garantizar a este pueblo la participación en los procesos de toma de decisiones que los puedan afectar. Además, el Estado tiene que realizar y socializar estudios técnicos y científicos para evaluar el impacto de las intervenciones externas en los territorios de los grupos étnicos. Más recientemente, una investigación del gobierno de la India estableció que la concesión de algunas licencias para proyectos mineros violaba el derecho de los pueblos indígenas al CPLI, según está definido en el *India's Forest Right Act*. WARD, Tara. “The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples’ Participation Rights within International Law”, en *Northwestern Journal of International Human Rights*, Chicago, vol. 10.2, otoño 2011, pp. 54-84.

<sup>7</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 117.

<sup>8</sup> Ver ANEXO II: Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas al derecho al territorio.

<sup>9</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Ver también párr. 147-149.

<sup>10</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 135.

<sup>11</sup> *Caso Sawhoyamaxa*, párr. 120.

### 3.A.2 ¿Cómo se define un “pueblo indígena” y un “pueblo tribal”?

La cuestión de definir la noción de pueblos indígenas o afro descendientes en el derecho es altamente complicada, en vista de la naturaleza cambiante y orgánica de la manera en la cual los pueblos se organizan, se transforman y se definen. La CIDH nota en su informe de 2011 que “una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva”<sup>12</sup>. Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos desarrolló una serie de criterios necesarios para la exigibilidad de los derechos contenidos en los instrumentos mencionados con anterioridad.

Por ejemplo, el artículo 1 del Convenio 169 provee tanto elementos objetivos como elementos subjetivos:

- Que descienden de poblaciones que habitaban en un país en la época de su colonización.
- Que conservan todas o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.
- Que tienen consciencia de su identidad indígena o tribal.

A su vez, la Declaración de 2007, en su artículo 33.1, se limita a una dimensión subjetiva y establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

El Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU también afirmó en un informe de 1996 la importancia de considerar la cuestión de la definición de pueblos indígenas con flexibilidad y concluyó recomendando el uso de cuatro factores:

1. la prioridad en el tiempo en lo que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio;
2. la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos de idioma, organización social, religión y valores espirituales, modos de producción, leyes e instituciones;
3. la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y
4. una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no<sup>13</sup>.

Finalmente, la CIDH opinó que el “criterio de auto identificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos”<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 25. (“CIDH Informe tierras 2009”)

<sup>13</sup> Comisión de Derechos Humanos – Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: “Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of ‘indigenous people’”. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996.

<sup>14</sup> CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 216. Ver también Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37; y Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 79.

En cuanto a pueblos afrodescendientes, la CorteIDH se inspiró en la definición establecida por el artículo 1 del Convenio 169 para afirmar que un pueblo tribal es “un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”<sup>15</sup>. La CIDH notó asimismo que los mismos factores eran relevantes para la identificación de un pueblo tribal, incluso el elemento subjetivo, y que los pueblos tribales “son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas”. En los casos donde la CorteIDH falló con respecto a los derechos de los pueblos tribales (casos *Aloeboetoe*, *Moiwana* y *Saramaka*), los peticionarios eran pueblos afro descendientes compuestos de los “descendientes de esclavos auto-emancipados que se asentaron en sus territorios desde el período colonial”<sup>16</sup>.

Cabe mencionar, en fin, que si bien la definición de un pueblo indígena o tribal, según la CorteIDH, está en parte basada sobre la continuidad de una cultura distinta por un largo plazo de tiempo, ello no impide que dichas culturas evolucionen con el tiempo según “su propia trayectoria social”<sup>17</sup>, que algunos individuos estén menos apegados a la cultura en cuestión<sup>18</sup>, o que dichas culturas tengan un carácter multiétnico, como consecuencia del hecho de que algunas familias pertenezcan a más de un grupo étnico<sup>19</sup>.

### 3.A.3 ¿Cuál es el alcance del derecho a la CP para pueblos indígenas y tribales?

#### I. CIDH

La CIDH trató el derecho a la CP en su informe para el Caso *Mary y Carrie Dann c. Estados Unidos* del 27 de diciembre de 2002<sup>20</sup>. En este caso las hermanas Dann, integrantes del pueblo Shoshone Occidental de Nevada, sostuvieron que el Estado interfirió con la ocupación de sus tierras ancestrales y que dichas tierras habían sido apropiadas de manera injustificada tras la Comisión de Reivindicaciones Indígenas (“Indian Claims Commission” o “ICC”) y la aprobación ulterior de actividades de prospección aurífera. En respuesta, el Estado sostuvo que el pueblo Shoshone Occidental fue indemnizado con un monto de US\$ 26’145.189,89 por la ICC para el desalojo de sus tierras en 1872.

Tras su estudio del caso, la CIDH opinó que los varios artículos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (la “Declaración Americana”, en adelante) aplicables al caso – Artículo II (derecho a la igualdad ante la ley), Artículo XVIII (derecho a un juicio justo) y Artículo XXIII (derecho a la propiedad) – deben ser interpretados en el sentido de “salvuarda[r] la integridad, supervivencia y cultura de los pueblos indígenas mediante una protección efectiva de sus derechos humanos individuales y colectivos”. Afirmó además que los pueblos indígenas tienen derecho a no ser privados de sus tierras ancestrales “excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de equidad y previa justa compensación”<sup>21</sup>. En este caso preciso, la CIDH concluyó que las negociaciones realizadas frente al ICC excluyeron a las hermanas Dann y que los tribunales internos no tomaron las medidas necesarias para corregir la situación, llevando a una violación de los artículos mencionados con anterioridad<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> Caso *Saramaka*, párr. 79.

<sup>16</sup> CIDH, Informe tierras 2009, párr. 34.

<sup>17</sup> CIDH, Informe tierras 2009, párr. 35.

<sup>18</sup> Caso *Saramaka*, párr. 79.

<sup>19</sup> Caso *Xákmok Kásek*, párr. 39-43.

<sup>20</sup> CIDH. Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary and Carrie Dann*, 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

<sup>21</sup> Caso *Dann*, párr. 131.

<sup>22</sup> Caso *Dann*, párr. 142-143.

Además, la CIDH publicó el 12 de octubre 2004 su informe de fondo en el *Caso de las comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo*<sup>23</sup>, rendido contra Belice. En este caso, las comunidades maya mopan y ke'kchi vieron al Estado otorgar concesiones madereras y petroleras en su tierras y rehusarse a delimitarlas adecuadamente<sup>24</sup>. La CIDH afirmó, tal como en el *Caso Mayagna* pero con base en los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana, el derecho de dicha comunidad al reconocimiento de su derecho a la propiedad comunal tras la demarcación efectiva de su territorio. Sobre el derecho a la CP, la CIDH opinó que “*ello necesariamente incluye el establecimiento de consultas efectivas e informadas con el pueblo maya en relación con las fronteras de su territorio, y que se tengan en cuenta en ese proceso las prácticas tradicionales de uso de la tierra y el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra*”<sup>25</sup>.

La CIDH también enfatizó que el derecho a la consulta se aplica frente a intervenciones “*en las tierras por las que [los pueblos indígenas] han poseído tradicionalmente un título y han ocupado y usado*”. Ello significa que no se limita a los territorios oficialmente titulados por el Estado, sino que aplica a la totalidad de su territorio ancestral. En términos procesales, la CIDH nota que “*Ello exige, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente*”. Cabe anotar que la CIDH precisa que el derecho a la consulta aplica frente a “*los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales*”, lo que incluye por ejemplo el otorgamiento de licencias, pero que también podría incluir leyes, políticas públicas o decisiones administrativas<sup>26</sup>.

La CIDH opinó que “*las demás reivindicaciones planteadas por los peticionarios quedan comprendidas dentro de las violaciones más generales del artículo XXIII de la Declaración Americana*”, las cuales incluían: “*el derecho a la vida, dispuesto por el artículo I de la Declaración Americana, el derecho a la libertad de religión y culto, dispuesto en el artículo III de la Declaración Americana, el derecho a la familia y a su protección, dispuesto en el artículo VI de la Declaración Americana, el derecho a la preservación de la salud y el bienestar, dispuesto en el artículo XI de la Declaración Americana, y el “derecho a la consulta”, implícito en el artículo 27 del PIDCP, el artículo XX de la Declaración Americana, y el principio de libre determinación*”<sup>27</sup>.

## II. CorteIDH

Hasta la fecha sólo existen dos sentencias de la CorteIDH que establecen los parámetros del derecho a la consulta. En el *Caso Saramaka* de 2007, el Estado de Surinam otorgó unilateralmente concesiones para la extracción de madera y oro en los territorios ancestrales del pueblo Saramaka. Los Saramaka iniciaron procedimientos tendientes a revocar dichas concesiones y obtener un reconocimiento legal de su derecho a la tierra, los cuales fueron negados por los tribunales en múltiples instancias.

En su sentencia, la CorteIDH empieza por reconocer al pueblo Saramaka como pueblo tribal y recordar que la jurisprudencia desarrollada con respecto a los pueblos indígenas es aplicable en este caso también<sup>28</sup>. La CorteIDH nota que Surinam no ha ratificado el Convenio 169, pero señala que por haber ratificado el PIDCP y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”, en adelante) adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, no se podría dar una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana diferente a lo decidido en sus sentencias previas relativas a países que sí lo ratificaron<sup>29</sup>. Recuerda que el artículo 21 de la Convención Americana,

---

<sup>23</sup> CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004.

<sup>24</sup> *Ibid.*, párr. 132.

<sup>25</sup> *Ibid.*, párr. 132.

<sup>26</sup> *Ibid.*, párr. 142. Ver también párr. 153.

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, párr. 154-156.

<sup>28</sup> *Caso Saramaka*, párr. 78-86.

<sup>29</sup> *Ibid.*, párr. 93.

interpretado a la luz del artículo 29(b)<sup>30</sup>, protege “*el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente*”.

Sobre esta base, la CorteIDH nota que el derecho al territorio se extiende al derecho a disponer de los recursos que tradicionalmente han utilizado, siempre con el fin de garantizar la “*supervivencia, desarrollo y continuidad*” de un pueblo tribal:

*[D]ebido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo*<sup>31</sup>.

Señala también que “*la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta*” y que los Estados pueden otorgar “*concesiones para la exploración y extracción de los recursos naturales*” en algunas circunstancias<sup>32</sup>. El criterio principal para determinar en qué circunstancias se podrá otorgar el acceso a los recursos del territorio tradicional y de qué manera, consiste en verificar que el proyecto contemplado no “*ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes*”.

El derecho a la CP surge precisamente como mecanismo para prevenir que un determinado proyecto ponga en peligro la subsistencia del pueblo afectado. Implica lo siguiente:

- El Estado es responsable de la consulta.
- Este proceso debe realizarse “*en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad*”.
- El Estado tiene la obligación de brindar información al pueblo afectado, incluso los resultados del estudio de impacto social y ambiental, y aceptar información por parte de aquéllos, lo que “*implica una comunicación constante entre las partes*”.
- Este proceso debe realizarse de conformidad con las tradiciones del pueblo afectado y “*a través de procedimientos culturalmente adecuados*”.
- El objetivo de la consulta es que las partes identifiquen, de buena fe, si hay adaptaciones necesarias al determinado proyecto para que se llegue “*a un acuerdo*” sobre su realización<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> El artículo 29.b establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “*limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*”.

<sup>31</sup> *Caso Saramaka*, párr. 122.

<sup>32</sup> *Caso Saramaka*, párr. 125-127.

<sup>33</sup> *Ibid.*, párr. 133.

En algunos casos, la consulta va más allá de garantizar a la comunidad que se realicen adaptaciones que tomen en cuenta sus necesidades frente al proyecto, llegando incluso a reconocerse el derecho de dar o de negar su consentimiento. Este derecho se tratará con más profundidad en la segunda parte del documento.

Además de la CP, la CorteIDH afirmó que la comunidad afectada tiene derecho a una participación razonable de los beneficios de los proyectos que se desarrollen “dentro de su territorio”<sup>34</sup>.

En sus órdenes, la CorteIDH ordenó al Estado de Surinam que se abstenga de realizar actos que podrían afectar el territorio ancestral del pueblo Saramaka, que realice estudios de impacto ambiental y social, y que garantice su derecho a la consulta con anterioridad al otorgamiento de licencias para proyectos de explotación. En cuanto a las reparaciones, la CorteIDH ordenó que se difundiera su sentencia por radio en lengua Saramaka, que se pagara 75.000 USD a la comunidad para compensar el valor de la madera apropiada ilegalmente (daño material) y que se creara un fondo de desarrollo comunitario de 600.000 USD en compensación del daño sufrido por la comunidad (daño inmaterial)<sup>35</sup>.

En el *Caso Sarayaku* de 2012, la CorteIDH aplica los principios desarrollados en el *Caso Saramaka* al contexto de los asentamientos Kichwas de la Amazonía ecuatoriana. En 1969 se descubrieron las primeras reservas de petróleo crudo liviano en la zona y, en la década de los 90, una empresa petrolera privada inició sin consentimiento la exploración petrolera, inclusive con la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena. En noviembre de 2002, el Pueblo Sarakayu declaró un estado de emergencia y estableció “*Campamentos de paz y vida*” de civiles para delimitar su territorio<sup>36</sup>. El 4 de diciembre de 2003 unos 120 miembros del Pueblo Sarayaku habrían sido agredidos con machetes, palos, piedras y armas de fuego por miembros del pueblo de Canelos,

en presencia de agentes policiales, cuando se dirigían a una “marcha por la paz y la vida”. El 6 de julio de 2004, la CorteIDH ordenó medidas provisionales en su favor<sup>37</sup>. El 21 de abril de 2012, una delegación de la CorteIDH realizó una visita *in situ* por invitación del Estado ecuatoriano<sup>38</sup>. Durante dicha visita, el Estado reconoció su responsabilidad internacional a través de una declaración pública frente a los delegados de la CorteIDH. Sin embargo, a esta aceptación de responsabilidad no siguió ninguna acción concreta por parte del Estado ecuatoriano.

Con respecto al derecho al territorio protegido por el artículo 21 de la Convención Americana, la CorteIDH recuerda en su sentencia de fondo la relación entre este último y la protección de la “supervivencia física y cultural” de los pueblos indígenas:

*Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce de esta es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados*<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> *Ibid.*, párr. 129.

<sup>35</sup> *Ibid.*, párr. 194-202.

<sup>36</sup> Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr 100.

<sup>37</sup> La Corte, antes de emitir su fallo en 2012, reiteró varias veces (en 2005 y en 2010) la necesidad de que el Estado ecuatoriano adoptara las medidas cautelares necesarias para proteger la vida e integridad personal de los miembros del pueblo indígena kichwa de Sarayaku y de quienes ejercen su defensa.

<sup>38</sup> CorteIDH. *Paso histórico: diligencia en el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku en el Amazonas ecuatoriano*, Corte\_CP-07/12, Guayaquil, Ecuador, 25 de Abril de 2012.

<sup>39</sup> *Caso Sarayaku*, párr. 146.

Al respecto, la CorteIDH reconoce que el “derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos”<sup>40</sup>.

Refiriéndose a un fallo de la Corte Constitucional de Colombia, la CorteIDH afirma que el derecho a la CP debe ser reconocido en una sociedad pluralista, multicultural y democrática:

*La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (infra párrs. 212 a 217), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática*<sup>41</sup>.

La CorteIDH observa también que el respeto del derecho a la CP conlleva la obligación de adecuar el marco normativo interno para que el ejercicio de este derecho sea efectivo:

*La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos*

*indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de CP, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.*<sup>42</sup>

La jurisprudencia de la CorteIDH y de la CIDH que se ha analizado hasta ahora nos permite hacer varias reflexiones sobre el alcance y contenido de la CP en el SIDH.

En primer lugar, se ha postulado que el Estado tiene un papel activo para garantizar el derecho a la consulta previa. En efecto, el Estado no sólo debe impulsar y vigilar los procesos de CP, sino que tiene la obligación de intervenir y modificar su implante normativo e institucional para garantizar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los pueden afectar. En otras palabras, el reconocimiento del derecho a la CP no puede ser sólo formal sino substancial.

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, párr. 213.

<sup>41</sup> *Ibid.*, párr. 159. Ver también párr. 217.

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, párr. 166.

Para mejor facilitar este pasaje, la Corte ha identificado tres garantías que son requeridas del Estado cuando hay que proceder con proyectos que pueden afectar el derecho colectivo a la propiedad. Éstas son:

- El Estado debe asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas potencialmente afectados por los proyectos que se quiere realizar “*de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro*”<sup>43</sup> de sus territorios.
- El Estado debe garantizar que los pueblos indígenas potencialmente afectados por los proyectos que se quiere realizar “*se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio*”<sup>44</sup>.
- El Estado debe garantizar que “*entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental*”<sup>45</sup>.

Estas medidas se añaden a la obligación del Estado, consagrada en la sentencia del *caso Mayagna*, de demarcar y titular los territorios ancestrales, de abstenerse de realizar acciones que los puedan afectar, y de considerar la sola ocupación de un territorio tradicional por parte de un pueblo indígena como condición suficiente para que éste sea reconocido y titulado colectivamente<sup>46</sup>.

Además, si se consideran los estándares fijados en Saramaka y Sarayaku junto con los que establece la CIDH en el *caso de las comunidades mayas* de 2004, se entiende cómo la tradición de los pueblos indígenas es relevante no sólo para la tenencia de las tierras y la afirmación del derecho colectivo al territorio, sino también en materia de autogobierno, de definición de la identidad cultural y de toma de decisiones que afectan a sus territorios. Todo ello refuerza la visión de los derechos de los pueblos indígenas como un único conjunto integral e integrado.

Cabe destacar que hasta ahora la CorteIDH se ha concentrado sobre todo en el derecho a la participación, fijando unas garantías mínimas para permitir que los pueblos indígenas tengan la posibilidad de ser consultados en la adopción de decisiones que afectan a sus territorios. Pero además, hemos visto cómo la misma CorteIDH ha reconocido a la CP un papel central para la efectividad de todos los demás derechos de que son titulares los pueblos indígenas. Por esta razón, consideramos que la CorteIDH debería trabajar para fortalecer el vínculo entre CP y CPLI. En otras palabras, se debería impulsar que el debate internacional se enfoque en cómo hacer que la voz de los pueblos indígenas y étnicos tenga un impacto real en la toma de decisiones sobre su territorio, y no solamente sobre la creación de mecanismos que garanticen su participación. Para ello, es necesario definir claramente el contenido del derecho al CPLI.

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, párr. 130.

<sup>44</sup> *Ibid.*, párr. 130.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párr. 130.

<sup>46</sup> *Caso Mayagna*, párr. 53.

## 3.B Derecho colombiano

### 3.B.1 ¿Cuáles son los principios fundamentales en los cuales se basa el derecho a la CP?

En Colombia, la CP está garantizada por la Constitución Política de 1991, mediante la carta política positiva y el bloque de constitucionalidad<sup>47</sup>. En este sentido, destacan los siguientes artículos:

- Art. 1, define a Colombia como una República de carácter democrático, participativo y pluralista.
- Art. 2, dispone como fin esencial del Estado “... facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.
- Art. 7, anota que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.
- Art. 9, enuncia el principio de la autodeterminación de los pueblos.
- Art. 10, reconoce la oficialidad de las lenguas y dialectos que emplean las comunidades en sus territorios.
- Art. 13, establece que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.
- Art. 40, establece el derecho fundamental a la participación que posee todo ciudadano.
- Art. 246, reconoce la potestad de las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.
- Art. 330, origen específico de la CP, protege la participación de las comunidades indígenas en el caso de la explotación de recursos naturales.

<sup>47</sup> El llamado *bloque de constitucionalidad* se fundamenta en los artículos constitucionales 9, 53, 93, 94, 102 (inciso 2) y 214 (numeral 2). En virtud de dichos artículos, todos aquellos tratados y convenios que protegen los derechos humanos se integran a la Constitución, y debido a ello prevalecen sobre el ordenamiento interno. Además podrían llegar a prevalecer sobre las mismas disposiciones constitucionales, en vista de que el artículo 93 admite que “[l]os derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Aunque el art. 330 establece el derecho a la CP en circunstancias muy limitadas<sup>48</sup>, la figura del bloque de constitucionalidad le da un nuevo sentido compatible con el derecho internacional. Por ejemplo, en virtud del artículo 93, el Convenio 169 adquirió rango constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano al ser ratificado por el congreso mediante la Ley 21 de 1991<sup>49</sup>, reconociendo como derecho fundamental la CP para los pueblos indígenas y tribales.

Por otro lado, es importante resaltar que los derechos sociales y culturales fueron consagrados por la Constitución Política con base en los principios de protección de la diversidad étnica y cultural, autodeterminación, autonomía y equidad<sup>50</sup>. La Corte Constitucional de Colombia entiende por diversidad étnica y cultural “la diversidad de formas de vida y concepciones del mundo, no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población. Por lo tanto, este principio supone la aceptación de la existencia de muchas formas de vida y sistemas de comprensión del mundo en un mismo territorio”<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Constitución Política de 1991, art. 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

11. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
12. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
13. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
14. Percibir y distribuir sus recursos.
15. Velar por la preservación de los recursos naturales.
16. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
17. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
18. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
19. Las que les señalen la Constitución y la ley.

*Parágrafo.*- La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

<sup>49</sup> Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989.

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. *Indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Universidad del Rosario, octubre 2010, p. 14 [en línea]. Disponible en: [http://www.urosario.edu.co/urosario\\_files/1f/1fd9b49f-b717-4dc1-8875-657612776cff.pdf](http://www.urosario.edu.co/urosario_files/1f/1fd9b49f-b717-4dc1-8875-657612776cff.pdf).

<sup>51</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-605 de 14 de diciembre de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y Corte Constitucional, Sentencia T-308 de 4 de agosto de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El artículo 152 de la Constitución establece que las leyes estatutarias constituyen el mecanismo idóneo para regular los derechos y deberes fundamentales de las personas, así como los procedimientos y recursos para su protección<sup>52</sup>. Sin embargo, existen muy pocas manifestaciones legislativas en cuanto a la obligación de consulta.

#### Medidas legislativas

- Ley 21 de 1991 (por la cual se aprueba el Convenio 169 de la OIT), en su artículo 6 dispone el deber que tienen los gobiernos de consultar conforme a las disposiciones del Convenio.
- Ley 70 de 1993, desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución y regula las disposiciones atinentes a reconocer los derechos de las comunidades negras. Sus artículos 22, 38 y 58 establecen la obligación de consulta.
- Ley 99 de 1993 (ley ambiental), en su artículo 76 impone la obligación de consultar previamente tanto a comunidades indígenas como negras respecto de la explotación de recursos naturales.

#### Medidas regulatorias (administrativas)

La primera medida regulatoria en materia de CP es el Decreto 1320 de 1998, el cual regula la CP únicamente en materia de licencias ambientales o de establecimiento de planes de manejo ambiental (ver capítulo II). Cabe notar que no abarca el procedimiento a seguir en los demás casos previstos por el Convenio 169 y la Ley 21 de 1991.

Llama la atención que su artículo 1 define la CP como un mecanismo de *análisis* del “*impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse*” y de “*las medidas propuestas para proteger su integridad*”. Como el decreto no establece los mecanismos de participación de los grupos afectados y las modalidades mediante las cuales se adaptará a sus necesidades, dicho decreto contiene el riesgo de revelarse débil en materia de *protección* de los derechos de las comunidades indígenas y negras. Sin embargo, los principios enunciados en el preámbulo se refieren a la normativa general, lo que incluye la definición de la CP contenida en la Ley 70 de 1993.

La segunda medida es la criticada Directiva Presidencial 01 de 2010, cuyas disposiciones serán expuestas más adelante junto con las críticas que se han dado sobre la misma.

#### Interpretación judicial

La Corte Constitucional de Colombia ha identificado el derecho a la CP como un derecho fundamental en varias ocasiones, y lo ha relacionado con el objetivo de garantizar la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas y afro descendientes. Por ejemplo, en su sentencia SU-039 de 1997, la Corte indicó que:

*“la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”*<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Constitución Política de 1991, art. 152: Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección (...)

<sup>53</sup> Corte Constitucional de Colombia: Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell; Sentencia C-620 de 29 de julio de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y Sentencia T-1045A de 14 de diciembre de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

La Corte también ha señalado de manera reiterada la relación que existe entre el derecho a la consulta y el derecho al territorio<sup>54</sup>. Así, en el año 2011 sostuvo:

*“que el derecho fundamental al territorio colectivo o a la propiedad colectiva del territorio se deriva del Convenio 169 de la OIT y del artículo 329 Superior, en armonía con los artículos 58 y 63 de la Carta Política, que ordenan proteger todas las formas de propiedad y le atribuyen a los territorios indígenas las cualidades de inembargables, inalienables e imprescriptibles, respectivamente.*

Y a continuación señaló que “[l]os atributos del territorio colectivo se derivan de ese continuum entre cultura, autonomía y territorio que ha sido puesto de presente por la jurisprudencia<sup>55</sup>. En este sentido, la noción de territorio colectivo abarca el componente de cultura y autonomía, y “*deriva de la posesión ancestral por parte de las comunidades y no de un reconocimiento estatal*”<sup>56</sup>.

Lo que se desprende de lo anterior es que la CP protege la subsistencia colectiva<sup>57</sup> y el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y afro descendientes, garantizado por el art. 9 de la Constitución Política. Por tanto, el derecho a la propiedad colectiva está entrelazado con la protección de la subsistencia colectiva y de la integridad cultural, social y económica.

### **3.B.2** ¿Cómo se define un “pueblo indígena” y un “pueblo afro descendiente”?

La Ley 21 de 1991 retoma la definición contenida en el artículo 1 del Convenio 169, y también la Corte Constitucional, quien incluye la conciencia de su propia identidad como el principal elemento. Además, la Ley 70 de 1993 se refiere en su artículo 1 “*a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción*” y define en su artículo 2 inciso 5 a la comunidad negra como “*conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos*”.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la titularidad del derecho se delimita a partir de tres elementos:

1. **Objetivo:** la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales.
2. **Subjetivo (individual):** la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión<sup>58</sup>.
3. **Subjetivo (grupal):** el reconocimiento por parte de la comunidad como miembro de pleno derecho<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-188 de 12 de mayo de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-380 de 13 de septiembre de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia SU-039/97; Sentencia SU-510 de 18 de septiembre de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-525 de 25 de septiembre de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia T-634 de 30 de agosto de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-617 de 5 de agosto de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia T-235 de 31 de marzo de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y Sentencia T-698 de 20 de septiembre de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>55</sup> Sentencia T-235/11.

<sup>56</sup> Sentencia T-617/10.

<sup>57</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-067 de 24 de febrero de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón: “*La estrecha relación entre ecosistema equilibrado y sobrevivencia de las comunidades indígenas que habitan los bosques húmedos tropicales, transforma los factores de deterioro ambiental producidos por la deforestación, la sedimentación y la contaminación de los ríos - en principio susceptibles de acciones populares por tratarse de la vulneración de derechos e intereses colectivos (CP art. 88) -, en un peligro potencial contra la vida y la integridad cultural, social y económica de grupos minoritarios que, dada su diversidad étnica y cultural, requieren de una especial protección del Estado (CP art. 13). La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia (CP art. 12) por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias*”.

<sup>58</sup> Corte Constitucional, Auto 005 de 26 de enero de 2009 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>59</sup> Corte Constitucional, Auto 045 de 7 de marzo de 2012 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

### 3.B.3 ¿Cuál es el alcance del derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y afro descendientes?

El alcance de la CP surge de los principios fundamentales establecidos en la sección precedente. Cada vez que se presenta un riesgo de afectación a la integridad cultural, social y económica de un pueblo indígena o afro descendiente, o cada vez que se amenaza su subsistencia colectiva, aplica el derecho fundamental a la CP. El Congreso de la República, mediante la Ley 21 de 1991, ha desarrollado algunos casos concretos<sup>60</sup> en los cuales la CP es obligatoria:

1. Medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a comunidades indígenas o negras (art. 6.1.a).
2. Planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (art. 7.1).
3. Prospección o explotación de los recursos minerales, del subsuelo, u otros existentes en las tierras de los grupos étnicos (art. 15.2).
4. Enajenación de sus tierras o de transmisión de sus derechos sobre estas fuera de su comunidad (art. 17).
5. Programas de formación profesional (art. 22).
6. Creación de sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente (art. 27).
7. La enseñanza en la lengua propia (art. 28).

Específicamente con respecto a las comunidades negras, la Ley 70 de 1993 estipula la obligatoriedad de la CP además en las siguientes situaciones:

1. En la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22);
2. en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38);
3. en la conformación de la ‘unidad de gestión de proyectos’ que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58);
4. como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley<sup>61</sup> (art. 44).

<sup>60</sup> Mencionados en la Sentencia T-1045A/10.

<sup>61</sup> Art. 1: La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico. (...) esta ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley.

Por su parte, la rama ejecutiva adoptó la ya mencionada Directiva Presidencial No. 01 de 26 de marzo de 2010 (en adelante, “la directiva”), dirigida a los organismos pertenecientes al poder ejecutivo<sup>62</sup>, donde se establece que “*será el Ministerio del Interior y de Justicia [hoy Ministerio del Interior] el único organismo competente para coordinar la realización de los procesos de Consulta Previa, conforme a lo establecido en su resolución 3598 de diciembre de 2008*”<sup>63</sup>. Además, estipula que la CP debe hacerse en los siguientes casos:

1. Cuando se expidan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los Grupos Étnicos Nacionales, y que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de un enfoque diferencial.
2. Programas de prospección o explotación de los recursos naturales en sus territorios.
3. Decisiones sobre enajenación de tierras o de transferencia de sus derechos sobre las tierras, en el evento que las disposiciones de aplicación nacional puedan dificultar de alguna manera los procesos de titulación colectiva, ampliación o saneamiento de tierras.
4. Organización y funcionamiento de programas de formación profesional de aplicación general.
5. Enseñanza a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan.
6. Cuando se pretenda desarrollar, incrementar o transformar la malla vial en territorios étnicos.

7. Formulación, diseño o ejecución de proyectos de investigación adelantados por Entidades Públicas que estén relacionados con los recursos naturales, bióticos, económicos, culturales, religiosos, etc., de los grupos étnicos y puedan generar una afectación por la ejecución o la publicación de los mismos.
8. Cuando se planeen acciones de erradicación de cultivos ilícitos que puedan afectar a los grupos étnicos.
9. Cuando se estime tomar medidas sobre la salud y la enfermedad de los Grupos Étnicos Nacionales. Excepto en situaciones de emergencia que comprometan el derecho a la vida.
10. Cuando se pretenda tomar alguna medida prioritaria respecto al proceso de desarrollo de algún Grupo Étnico Nacional.
11. Cuando en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general se requiera incorporar particularidades según las costumbres o el derecho consuetudinario de los Grupos Étnicos Nacionales, en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general.
12. Demás casos en que la legislación así lo disponga expresamente.

Además, indica que el proceso de CP cumplirá por lo menos, y a manera de directriz no vinculante, las siguientes fases: *I) Preconsulta, II) Apertura del proceso, III) Talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo, IV) Pre-Acuerdos, V) Reunión de Protocolización, VI) Sistematización y seguimiento al cumplimiento de acuerdos, VII) Cierre del proceso.*

---

<sup>62</sup> Directiva Presidencial No. 1 de 26 de marzo de 2010. Esta Directiva ha sido polémica, principalmente porque no fue consultada y porque su emisión no se anunció para conocimiento público.

<sup>63</sup> *Ibid.*

La directiva ha sido el blanco de muchas críticas. En primer lugar, se ha señalado que está reglamentando un asunto que por mandato de la Constitución sólo puede reglamentar el poder legislativo mediante una ley estatutaria<sup>64</sup>. También se ha criticado el cambio discursivo realizado, en vista que la directiva introduce la noción de “Grupos étnicos Nacionales” en lugar de reconocer el lenguaje de la Constitución y de los convenios y tratados internacionales, basado en la noción de pueblo.

Otra crítica ha recaído en el carácter restrictivo del concepto de consulta comprendido en la directiva, por causa del criterio de afectación “directa y específica [...]” a un pueblo indígena o afro descendiente y “que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de enfoque diferencial”. Se ha señalado que casi ninguna medida legislativa o administrativa involucra únicamente a estas comunidades, y que sin embargo numerosas medidas legislativas de carácter general les afectan, por lo que deberían ser consultadas.

Dichos requisitos fueron aplicados por la Corte Constitucional en un fallo que declaró exequible el Acto Legislativo 05 de 2011 atinente al nuevo régimen (centralizador) del sistema de regalías<sup>65</sup>. El principal argumento fue justamente que la medida no afecta exclusivamente a los grupos étnicos.

*[L]a jurisprudencia constitucional ha seguido un curso uniforme y pacífico en el sentido de proveer distintos criterios hermenéuticos, una metodología y unos lineamientos constitucionales para determinar, en cada caso concreto, si una medida legislativa surte un impacto directo, específico y particular sobre los grupos étnicos del país, de manera tal que con respecto a ella sea obligatorio cumplir con el derecho a la consulta previa, en forma plenamente respetuosa de los estándares trazados por la jurisprudencia interamericana y la jurisprudencia constitucional al respecto. (Subrayado fuera del original)*

Tales restricciones a un derecho constitucional, impuestas por un acto administrativo, son preocupantes y parecen incompatibles con lo previsto por el marco internacional descrito con anterioridad.

Al respecto, la Corte Constitucional ha estipulado que debe consultarse a las comunidades cuando determinadas medidas les afecten *directamente* y aclara que “*puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios*”(…) “*Cabría, entonces, señalar que procede la consulta, cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que deber ser, precisamente, objeto de la consulta previa*”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Comisión Colombiana de Juristas, *Directiva Presidencial del Gobierno Nacional pretende regular el ejercicio del derecho fundamental a la Consulta Previa violando las obligaciones derivadas del Convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia*, Boletín No. 4, Serie sobre el derecho a la consulta previa de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, 12 de mayo de 2010 [en línea]. Disponible en: [http://www.coljuristas.org/documentos/boletines/bol\\_n4\\_consulta\\_previa.html](http://www.coljuristas.org/documentos/boletines/bol_n4_consulta_previa.html).

<sup>65</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-317 de 3 de mayo de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. El fallo tuvo 3 salvamentos de votos de 9 magistrados en total.

---

<sup>66</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

El alcance de la CP ha sido definido por la Corte Constitucional incluso con respecto a los tratados internacionales que afecten directamente a las comunidades:

*... con base en los principios de buena fe y de eficacia que debe orientar la realización de la consulta, y con propósito de que se pueda realmente adelantar un verdadero diálogo intercultural, se puede afirmar que ésta debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional, por parte del Presidente de la República, al Congreso de la República, pudiendo entonces realizarse o bien durante la negociación, mediante la creación por ejemplo de mesas de trabajo, caso en el cual las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan; o ya cuando se cuente con un texto aprobado por las Partes, es decir, luego de la firma del tratado, caso en el cual, la consulta podría llevar a la necesidad de renegociar el tratado*<sup>67</sup>.

La importancia de la obligación de consulta es tal, que el no cumplimiento por parte del Estado ha provocado, en algunos casos, la declaración de inconstitucionalidad de leyes y proyectos<sup>68</sup>. El caso más reciente es la Ley 1382 de 2010 que buscaba reformar el Código de Minas (Ley 685 de 2001)<sup>69</sup>. La Corte Constitucional declaró inexecutable la reforma teniendo como fundamento principal que tal ley

afectaba directamente los derechos e intereses de los pueblos indígenas y comunidades negras, y que por ello era necesario garantizar el derecho fundamental a la CP<sup>70</sup>; lo hizo con efectos diferidos por un término de dos años respecto de las *normas de contenido o impacto exclusivamente ambiental*. Ello significa que pese a la inexecutable de la reforma al Código de Minas, las *normas de contenido o impacto exclusivamente ambiental* seguirán vigentes por dos años, pero saldrán definitivamente del ordenamiento al término de los dos años.

Respecto a la declaración de inexecutable de medidas administrativas aprobatorias de proyectos<sup>71</sup>, destaca el proyecto de la hidroeléctrica Urrá que afectó al pueblo de los Embera-Katío. En la sentencia T-652 de 1998, la tutela interpuesta alegaba que la expedición de las licencias ambientales que autorizaban la construcción de la hidroeléctrica no había incluido el proceso de consulta. Como la represa ya estaba construida al momento de la decisión y los impactos nocivos ya se habían producido, la Corte ordenó el pago de una indemnización por parte de la empresa en pagos de tracto sucesivo cuya duración sería de 15 años. Además ordenó que se llevara a cabo el proceso de CP, declaró inaplicable el Decreto 1320 de 1998 por improcedente, enunció pautas para la correcta consecución de la consulta, y condicionó la ejecución del proyecto de la hidroeléctrica al cumplimiento por parte de los ministerios y la empresa de la obligación de consulta<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-615 de 2 de septiembre de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>68</sup> Existen varios ejemplos: la sentencia C-175 de 2009 que declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural); la sentencia C-030 de 2008 que declara inexecutable la Ley 1021 de 2006 (Ley General Forestal); la sentencia C-461 de 2008, que si bien declara executable la Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo) ordena suspender la ejecución de los proyectos, programas o cualquier medida que afecte directamente a los pueblos indígenas o afro descendientes hasta tanto no se realice la correspondiente CP; y la reciente sentencia C-366 de 2011 que declara la inexecutable con efectos diferidos de la Ley 1382 de 2010 (por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 o Código de Minas).

<sup>69</sup> Para un mayor conocimiento sobre la protección del derecho fundamental a la CP respecto a la expedición de nuevas leyes véase, además de las anteriores, las sentencias de la Corte Constitucional: C-891 de 22 de octubre de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-208 de 21 de marzo de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-921 de 7 de noviembre de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-030/08; C-227 de 5 de marzo de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-461 de 14 de mayo de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-615/09; C-175 de 18 de marzo de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y C-366 de 11 de mayo de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>70</sup> Sentencia C-366/11.

<sup>71</sup> Para un completo análisis de la jurisprudencia al respecto ver sentencias de la Corte Constitucional: T-652 de 10 de noviembre de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-634/99; SU-383 de 13 de mayo de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-955 de 17 de octubre de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-737 de 14 de julio de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-880 de 26 de octubre de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-154 de 12 de marzo de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-769 de 29 de octubre de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-1045A/10; T-745 de 14 de septiembre de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-129 de 3 de marzo de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y T-698/11.

<sup>72</sup> Ver ANEXO III: Cuadro de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en cuanto a consulta previa.

### 3.B.4 ¿A quién se debe consultar?

La ley 21 de 1991, en su artículo 6, prevé que se deberá consultar “a los pueblos interesados [...] a través de sus instituciones representativas”. Aunque la cuestión de saber qué institución es realmente representativa de un pueblo indígena o afrocolombiano puede ser complicada, particularmente en casos donde hay varias instituciones competidoras, ello indica que pertenece en fin a los mismos pueblos indígenas y afrodescendientes determinar quiénes son los interlocutores apropiados para la consulta.

En el caso de medidas legislativas, el Decreto 1397 de 1996 crea un espacio de interlocución indígena llamado *Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas*. En su artículo 11, el decreto le adjudica a la Mesa Permanente el objetivo de *concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, sin perjuicio de las funciones del Estado, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen*.

Por su parte, el organismo representativo de las comunidades negras para tales fines es la Comisión Consultiva de Alto Nivel creada mediante Decreto 3770 de 2008 (que derogó el Decreto 2248 de 1995 que su vez había derogado el Decreto 1371 de 1994), y más específicamente la Subcomisión de Consulta previa de la que habla el parágrafo del artículo 20 del mismo decreto. No obstante, el Ministerio del Interior emitió la Resolución 0121 de 30 de enero de 2012, la cual señala en el párrafo siete de sus considerandos:

*Que con el fin de garantizar el ejercicio del derecho fundamental a la Consulta previa se hace necesario hacer una convocatoria directa a los representantes legales de los 171 Consejos Comunitarios que cuentan con título colectivo adjudicado por el Instituto Colombiano de*

*Desarrollo rural, Incoder, y de los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el propósito de elegir a los delegados para que actúen transitoriamente como cuerpo de representación en la definición del nuevo mecanismo de participación de estas comunidades, para que en este espacio se adelanten los procesos de Consulta previa de la reglamentación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, del establecimiento de requisitos para el registro de los consejos comunitarios y de las organizaciones de los raizales, y para consultar, de manera transitoria, los proyectos de ley, medidas administrativas y demás actos que así los requieran. (Subrayado fuera de texto)*

Dicha Resolución también dispone en su artículo 4 que “[l]a presente resolución rige a partir de su disposición y deroga las disposiciones que le sean contrarias,” de lo cual se deduce que suplanta el Decreto 3770 de 2008. Cabe anotar sin embargo que la resolución advierte que el *cuerpo de representación* formado tan sólo tendrá poder de representación para efectos de la consulta de medidas legislativas y administrativas *transitoriamente*.

La legitimidad de la *Comisión Consultiva de Alto Nivel* ha sido cuestionada por los organismos de base y por los propios líderes de consejos comunitarios y Comisiones Consultivas departamentales<sup>73</sup>. Entre las críticas principales que han expresado las organizaciones en foros e intervenciones públicas se esgrime que el Decreto 3770 no fue consultado. Incluso la Resolución 0121 de 2012 puso de presente tal vulneración en su preámbulo, convocando a la misma para efectos de reglamentar la *Comisión*. Debido a esta flagrante crisis de legitimidad que sufrió la *Comisión Consultiva de Alto Nivel*, el Ministerio del Interior decidió derogarla de manera indirecta mediante la emisión de la resolución 0121 de 2012, que sólo permite la participación de consejos comunitarios con títulos colectivos.

<sup>73</sup> Las críticas a la legitimidad de la Comisión Consultiva de Alto Nivel fueron la base para presentar una demanda en el caso concreto, que fue resuelta por la sentencia No. 530 del 5 de agosto de 2010 dictada por el Consejo de Estado, en la cual se declaraba la nulidad de varias de las disposiciones del Decreto 2248 de 1995, subrogado por el Decreto 3770 de 2008, que contenían la expresión *organizaciones base*, por no ser éstas organismos representativos de las comunidades negras.

En su caso la Resolución 0121 fue demandada por inconstitucionalidad pues al igual que el Decreto 3770 de 2008 no fue consultada; la Corte Constitucional en sentencia T-823 de 2012 resolvió, en el caso concreto, inaplicar por inconstitucional la Resolución 0121, ordenando al Ministerio del Interior expedir nuevas directrices para llevar a cabo las elecciones de los representantes de las comunidades negras ante las comisiones consultivas departamentales y de alto nivel (nacional), teniendo en cuenta: a todas las comunidades negras del país – no sólo las que tienen títulos colectivos – y no tomando como escenario de representación las *organizaciones de base*<sup>74</sup>, todo en un plazo de 6 meses a partir de la notificación de la sentencia, emitida el 17 de octubre de 2012<sup>75</sup>.

Además la Corte Constitucional en Auto emitido el 4 de diciembre de 2012 ordenó al Ministerio del Interior suspender de manera provisional la aplicación de la Resolución 0121, *de todos los procesos consultivos, medidas y diligencias que está adelantando a su amparo y de los actos administrativos que se hayan proferido en desarrollo de la misma – concretamente, el Decreto 2163 de 2012 – hasta tanto se notifique la sentencia que habrá de dictarse en el asunto de referencia*<sup>76</sup>. El mecanismo creado por la resolución 0121 tenía como cometido reglamentar la *Comisión de Alto Nivel*, además de ser organismo transitorio de consulta. Este proceso se llevó a cabo y se cristalizó en el Decreto 2163 de 19 de octubre de 2012<sup>77</sup>, expedido por el Ministerio del Interior, el cual volvía a poner en vigencia la *Comisión Consultiva* desde el 1 de enero de 2014, manteniéndose hasta tal fecha como órgano consultivo el *espacio nacional de Delegados de Consejos Comunitarios de Comunidades Negras*, creado mediante Resolución 0121.

Es pues que resultan de vital importancia los últimos pronunciamientos de la Corte referidos, pues como lo hace explícito la Corte en sus considerandos – apoyados en el mencionado fallo del Consejo de Estado –, en la Resolución 0121 se hace ostensible la situación de exclusión y falta de participación de que han sido objeto las comunidades negras por parte del Ejecutivo, además de esclarecer que desde su nacimiento la *Comisión Consultiva de Alto Nivel* ha sido un órgano no representativo e ilegítimamente electo. Dichos pronunciamientos abren la puerta para el litigio sobre medidas legislativas y administrativas que fueron consultadas con la *Consultiva de Alto Nivel*, y a su vez dejan un vacío que le corresponderá llenar al Ministerio del Interior en el término de 6 meses.

En fin, en el caso del pueblo Rom, el Decreto 2957 de 2010 estableció la *Comisión Nacional de Diálogo* como “*instancia de diálogo, concertación e interlocución entre el grupo étnico Rom o Gitano y el Gobierno Nacional*”<sup>78</sup>. Esta *Comisión Nacional de Diálogo* es el espacio análogo a la Mesa Permanente de los Indígenas y a la *Comisión Consultiva de Alto Nivel*. Sin embargo, hasta la fecha no se ha llevado a cabo ningún proceso de consulta con esta instancia.

---

<sup>74</sup> Uno de los principales fundamentos que tuvo la Corte para ordenar la inaplicación de la resolución 0121 en el caso concreto fue la sentencia No. 530 dictada por el Consejo de Estado. Ver nota al pie número 73.

<sup>75</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-823 de 17 de octubre de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>76</sup> Corte Constitucional, Auto de 4 de diciembre de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Es necesario aclarar que este auto responde a una medida provisional decretada por la Corte en medio del expediente de referencia T-3482903, lo cual significa que tendrá vigencia hasta tanto se resuelva definitivamente el caso.

<sup>77</sup> El principal cambio que el Decreto 2163 de 2012 introduce en la Comisión Consultiva es que ahora estará conformada únicamente por delegados de consejos comunitarios con título colectivo, mientras que antes se componía de manera mayoritaria por funcionarios del gobierno, como viceministros de diferentes ministerios y directores de institutos y departamentos administrativos.

---

<sup>78</sup> Decreto 2957 de 2010, Ministerio del Interior y de Justicia, art. 12. El pueblo Rom es reconocido como tercer grupo étnico de Colombia y constituye el 0,01 de la población del país. Ver Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Censo general 2005 [en línea]. Disponible en: <http://www.dane.gov.co/censo/files/libroCenso2005nacional.pdf>. Su reconocimiento como grupo étnico comporta que tenga el mismo tratamiento por parte del Estado colombiano que los pueblos indígenas y las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Sin embargo, es importante destacar que los instrumentos para la protección de los derechos del pueblo Rom, como la *Comisión Nacional de Diálogo*, no han sido utilizados.

### 3.B.5 ¿A partir de qué punto y hasta cuando aplica el derecho a la consulta previa?

#### I. Medidas legislativas

La ley 21 de 1991, en su artículo 6, prevé que las consultas se deberán realizar “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias”.

En el caso de medidas legislativas, la Corte Constitucional ha establecido respecto de los tiempos de inicio y fin del proceso de CP que *ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, su texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se haya avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se hayan abierto los escenarios de discusión que sean apropiados*<sup>79</sup>.

#### II. Medidas administrativas

El artículo 15 de la ley 21 de 1991 establece que deberán ser consultadas las comunidades indígenas y tribales “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Además, es relevante anotar que la Ley 1437 de 2011 (Nuevo Código Administrativo) en su artículo 46 prevé lo siguiente:

**Consulta obligatoria.** *Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.*

En lo que concierne a la expedición de licencias ambientales para la aprobación de proyectos de infraestructura o explotación de recursos naturales, la Corte Constitucional ha afirmado que *el proceso deberá efectuarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución*<sup>80</sup>.

En el caso de la exploración minera, el *Código de Minas*<sup>81</sup> prevé que los pueblos indígenas y afrodescendientes tienen derecho de prelación para explotar su territorio. Así, la autoridad minera deberá consultar con las comunidades indígenas o negras si desean hacer uso de ese derecho y, cuando manifiesten su deseo de no ejercerlo, la autoridad minera podrá conceder el título minero a un tercero.

La Corte Constitucional ha afirmado a través del tiempo un mismo criterio. Según el alto tribunal el derecho fundamental a la CP deberá iniciarse dentro de la fase preparatoria, tal y como se ha señalado anteriormente. Por último, valga aclarar que según la directiva presidencial número 01 de 2010 el proceso de CP deberá cumplir con las fases arriba expuestas.

<sup>79</sup> Sentencia C-030/08.

<sup>80</sup> Sentencia T-129/11.

<sup>81</sup> Ley 685 de 2001 o Código de Minas, art. 124 (derecho de prelación de grupos indígenas), art. 133 (derecho de prelación de comunidades negras).

### **3.B.6** ¿Quién es responsable de la aplicación del derecho a la consulta previa y cuáles son las reglas que deben guiar este proceso?

De conformidad con el artículo 6 de la ley 21 de 1991, el deber de consulta le corresponde al gobierno nacional. La Corte Constitucional ha confirmado que *el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa*<sup>82</sup>, y ha aclarado que en relación a iniciativas legislativas promovidas por otros actores el procedimiento a seguir será que *el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuáles serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados*<sup>83</sup>.

Con relación a las medidas administrativas, el Decreto ley 200 de 2003 modificado por el Decreto 4530 de 2008 le asignó al Ministerio de Interior y Justicia (hoy Ministerio de Interior) la competencia de *coordinar interinstitucionalmente la realización de la consulta previa con los grupos étnico sobre los proyectos que puedan afectarlos*. Como desarrollo de ese mandato el Ministerio de Interior y Justicia expidió la Resolución 3589 de 2008 que crea grupos de trabajo al interior del Ministerio; uno de ellos es el Grupo de Consulta Previa que tiene, entre otras, las siguientes funciones:

1. Coordinar interinstitucionalmente los procesos de CP.
2. Realizar visitas en las áreas de los proyectos para la verificación de la presencia de grupos étnicos.
3. Expedir certificaciones de presencia de grupos étnicos.
4. Hacer seguimiento del cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en la consulta.
5. En fin, el Decreto 1320 de 1998 esclarece el procedimiento de CP con respecto a la expedición de licencias ambientales.

En su sentencia T-129 de 2011, la Corte Constitucional estableció una serie de pautas para guiar a las autoridades públicas en los procesos de consulta, que se señalan a continuación:

### **ACTITUD DE DIALOGO**

1. La CP es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de CP de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.
2. No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de CP. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.
3. No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de CP, es decir, asimilar la CP a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

### **OBLIGACIONES**

4. Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.
5. Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.
6. Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de CP, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

---

<sup>82</sup> Sentencia C-030/08.

<sup>83</sup> *Ibid.*

7. Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

8. Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas<sup>84</sup>; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que pueda poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparición de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.

9. Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa, así como el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

## AUTORIDADES QUE DEBEN PARTICIPAR

10. Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la CP y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

11. Las comunidades étnicas deben contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento, e incluso con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

En fin, cabe notar los principios destacados por el Ministerio del Interior y de Justicia en sus “*Compendios de legislación, jurisprudencia y documentos sobre la consulta previa a grupos étnicos en Colombia*” del año 2009:

1. **Debido Proceso:** El proceso que se adelante debe efectuarse bajo la coordinación del Gobierno Colombiano y, en la medida de lo posible, es menester:
  - Acordar con las comunidades, sus autoridades y los demás participantes los procedimientos, tiempos, espacios y contenidos del proceso de consulta;
  - Garantizar que las comunidades y sus autoridades, autónomamente, escojan a sus representantes;
  - Construir conjuntamente una metodología culturalmente adecuada para presentar el proyecto o la medida a consultar;
  - Escuchar los planteamientos formulados por las comunidades; debe garantizarse la realización de actividades internas y espacios autónomos de reflexión y decisión.

---

<sup>84</sup> Cabe notar que toda explotación minera incluye necesariamente un espacio, generalmente un valle, para depositar la tierra extraída (llamado escombrera o dique de cola) donde se realiza la extracción del mineral mediante procesos químicos, lo que implica vertimiento de desechos tóxicos.

2. **Legitimidad:** El Estado debe asegurarse que los representantes de la comunidad que participen en la toma de decisiones sean los legalmente reconocidos en su estructura organizativa (arts. 5 y 6 del Convenio 169)<sup>85</sup>.
3. **Comunicación intercultural y bilingüismo:** Es menester adoptar estrategias de comunicación provenientes de la cultura de la comunidad a consultar. Cuando sea posible y necesario, debe hacerse traducción a su lengua (art. 2 Convenio 169).
4. **Información suficiente y adecuada:** El Estado debe suministrar ‘toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiéndolo sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna’ (sentencia SU-039 de 1997).
5. **Oportunidad:** La consulta debe realizarse antes de adoptar las medidas o emprender o autorizar el proyecto; los impactos y medidas también deben identificarse dentro del proceso (art. 15 Convenio 169, sentencia SU-039/97).
6. **Pluralismo jurídico:** Los principios y procedimientos del derecho propio de la comunidad a consultar hacen parte de las reglas aplicables al proceso (art. 8 Convenio 169, art. 246 Constitución Política).

<sup>85</sup> Como se vio en el punto IV, las estructuras organizativas en el caso de medidas legislativas y administrativas son: la Mesa permanente para indígenas; la Comisión Consultiva para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras (aunque fue remplazado por el organismo transitorio creado por la resolución 0121 de 2012 que, a su vez, ha sido suspendida por la Corte Constitucional); y la Comisión Nacional de Diálogo para los pueblos Rom. Estos tres organismos han sido regulados por decretos que prescriben la forma, funciones y composición que tendrá cada uno. Los tres cuerpos están adscritos al Ministerio del Interior. De lo anterior se deduce la razón por la cual esos organismos no han contado con el total apoyo de las comunidades, ya que no participaron en la edificación de tales espacios. Para consultas que no estén relacionadas con medidas legislativas, como por ejemplo el desarrollo de proyectos de infraestructura, explotaciones mineras y otros, los organismos legitimados para realizar la consulta serán los representantes de las comunidades que habitan en el territorio directamente afectado. Dicha legitimidad la define el Ministerio del Interior a través de su registro de autoridades étnicas.

### 3.B.7 ¿Mediante qué recurso se puede exigir el derecho a la consulta previa?

Como derecho constitucional fundamental, la CP es susceptible de ser protegida mediante la acción de tutela<sup>86</sup> estipulada en el artículo 86 de la Constitución Política. Dicho mecanismo de protección tiene algunos requisitos, además de la vulneración o del peligro inminente de vulneración de un derecho fundamental<sup>87</sup>. No obstante, la Corte Constitucional ha sido enfática al afirmar que “no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia”<sup>88</sup>. De eso se desprende que ningún juez de constitucionalidad puede declarar improcedente una tutela en cuanto al derecho a la CP. Además, *la procedencia de acciones judiciales ante las jurisdicciones ordinaria o administrativa tampoco descarta la procedibilidad de la tutela*<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> La acción de tutela (o recurso de amparo, como se conoce en otros ordenamientos jurídicos) es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales consagrado en el artículo 86 de la Constitución colombiana. Se caracteriza por ser un procedimiento preferente, sumario e informal que cualquier ciudadano puede interponer ante un juez para que le sean protegidos sus derechos fundamentales vulnerados o en peligro de vulneración.

<sup>87</sup> Art. 5 del Decreto extraordinario 2591 de 1991, por el cual se reglamenta el artículo 86 de la Constitución Política.

<sup>88</sup> Sentencia SU-383/93.

<sup>89</sup> Sentencia T-698/11; ver también Corte Constitucional, Sentencia T-379 de 12 de mayo de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

### 3.C Discusión

La presente sección se centrará esencialmente en consideraciones teóricas, por no ser la pretensión de este documento evaluar la aplicación del derecho a la CP en Colombia o en otros países.

Una de las grandes críticas al concepto de CP es lo que se podría llamar su orientación a favor de la realización de obras o intervenciones dentro de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas y tribales. Aunque la consulta surge del derecho de dichos pueblos a la propiedad de sus territorios, constituye un mecanismo mediante el cual las limitaciones al derecho están autorizadas. Si bien permite a los pueblos en cuestión emitir observaciones sobre la manera de realizar una obra, no otorga la capacidad de detenerla, salvo en las circunstancias específicas identificadas en la próxima sección. Asimismo, llama la atención que aunque el derecho a la CP está relacionado con el derecho de los pueblos indígenas “a la identidad cultural” y a la “*supervivencia, desarrollo y continuidad*”, y que es además considerado como necesario en una “sociedad pluralista, multicultural y democrática”, no permite a dichos pueblos objetar la mayoría de las intervenciones realizadas dentro de su territorio, aunque paralelamente se haya reconocido la importancia fundamental del territorio para su cultura y supervivencia.

Debido a la adopción integral del Convenio 169 de la OIT mediante la ley 21 de 1991, el marco colombiano pareciera conforme a la normativa internacional. Cabe notar sin embargo que la ley 70 de 1993 define como comunidad negra a “*las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico*”. Dicha definición resulta demasiado restrictiva a la luz del Convenio 169 y la jurisprudencia de la CorteIDH, ya que los parámetros allí fijados son aplicables a cualquier comunidad negra, esté asentada en “*la Cuenca del Pacífico*” o no. Del mismo modo, algunos artículos de la ley 70 definen circunstancias, identificadas con anterioridad, donde se aplica el derecho a la consulta para comunidades negras. Sin embargo, bajo el derecho a la igualdad, el Convenio 169 y la Convención Americana, no hay lugar de hacer distinciones entre pueblos tribales e indígenas. Dichas circunstancias deberían entonces ser consideradas como aplicables igualmente a los pueblos indígenas.

Sumado a ello, cabe recordar las preocupaciones manifestadas con anterioridad respecto a la Directiva Presidencial No. 1 de 26 de marzo de 2010, la cual introduce el criterio de afectación directa y específica a “*los Grupos Étnicos Nacionales*”, así como el Decreto 3770 de 2008, que establece la Comisión Consultiva de Alto Nivel para comunidades negras. Ambos instrumentos deberían ser objeto de investigación adicional.

En fin, se ha indicado con frecuencia que las corporaciones regionales de desarrollo no tienen los recursos financieros, humanos o técnicos para efectivamente verificar el cumplimiento de los procesos de consulta previa. Asimismo, el Decreto 1320 de 1998 prevé que la misma parte interesada acredite en su Estudio de Impacto Ambiental (EIA) la forma en que vinculó a las comunidades y los impactos que el proyecto va a generar sobre las mismas. Se afirma que las corporaciones regionales no tienen la capacidad de corroborar lo afirmado en los EIA o verificar los impactos sobre el terreno. Esto amenaza seriamente los derechos fundamentales involucrados, ya que con frecuencia los pueblos indígenas y tribales tampoco disponen de los recursos suficientes.

# 4.

## CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO (CPLI)

El derecho internacional reconoce también el derecho de los pueblos indígenas y tribales a dar o detener su consentimiento frente a algunas actividades que tendrían un impacto sobre sus derechos. En la presente sección se detallará las circunstancias en las cuales el derecho a la consulta sería remplazado por el derecho al CPLI, tanto en derecho internacional como en virtud del derecho colombiano. No se retomarán varios de los elementos discutidos en la sección precedente, los cuales aplican igualmente al derecho al CPLI.

## 4.A Derecho internacional

El CPLI no es un concepto reciente en el derecho internacional. Son numerosas las herramientas jurídicas internacionales que hacen directa o indirecta referencia a esta institución jurídica. Se trata sobre todo de instrumentos de *soft law*<sup>90</sup> que, a pesar de no tener carácter vinculante, han contribuido a focalizar la atención de la comunidad internacional en el debate alrededor del CPLI. Hasta ahora los instrumentos de carácter vinculante que han abordado el consentimiento de los pueblos indígenas lo han hecho de manera ambigua y limitando el alcance de este derecho. Por ejemplo, el artículo 6.2 del Convenio 169 indica que la consulta debe realizarse “*con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*”<sup>91</sup>. Sin embargo, el CPLI no se contempla como una obligación del Estado sino como una alternativa; en otras palabras, cuando no es posible lograr el consentimiento pleno de los pueblos, es suficiente con la obtención de un acuerdo general sobre los temas objeto de consulta<sup>92</sup>. A la luz del artículo 16.2 del Convenio 169, únicamente se requiere consentimiento libre y plenamente informado cuando, excepcionalmente, se requiera el traslado y la reubicación de los pueblos afectados. Sin embargo, el mismo artículo sigue introduciendo una importante limitación a este principio cuando establece que “*(c) uando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados*”. De hecho, esta aclaración deja amplio margen de discrecionalidad a los Estados en la interpretación y aplicación del derecho.

Un importante avance en la materia se ha registrado con el reconocimiento explícito del CPLI como precepto universal de los derechos humanos, consagrado en los artículos 10, 19, 29 y 32 de la Declaración de Naciones Unidas. En este contexto, el CPLI es identificado como un requisito indispensable para el traslado de pueblos indígenas de sus tierras, así como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que afecten sus territorios, entre otras circunstancias. Además, en el artículo 11 establece la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de los cuales los pueblos indígenas hayan sido privados sin CPLI.

A pesar que la Declaración de Naciones Unidas no tiene carácter vinculante, su importancia radica en que identifica claramente el CPLI como el cumplimiento factual del derecho a la participación que encuentra su máxima expresión en la CP.

Si bien este documento no aborda en profundidad las discusiones que se han tenido en el ámbito internacional sobre el contenido y alcance del CPLI, se señalan, con el ánimo de resumirlas, las dos posiciones principales que animaron el debate sobre el CPLI durante las sesiones preparatorias de la Declaración de Naciones Unidas. Por un lado, los representantes del mundo indígena identificaban el CPLI como un derecho a veto, mientras que por el otro la corriente mayoritaria interpretó el mismo como un importante instrumento para dotar de significado la participación de los pueblos indígenas, permitiendo una capacidad real de influir en la toma de decisiones que les afecten<sup>93</sup>. Aunque el contenido y alcance del CPLI no está claramente definido en los estándares internacionales, es importante destacar que éste es sin duda un importante instrumento para asegurar que el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales sea respetado.

---

<sup>90</sup> Es interesante señalar que existen algunos ejemplos de derecho doméstico en que el CPLI está reconocido y tiene carácter vinculante. El caso más famoso es el de Filipinas. En este país, el CPLI está contemplado en la Ley sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997 (IPRA, por sus siglas en inglés). Sin embargo, el alcance del CPLI tal como está definido en la IPRA es muy limitado y retoma casi literalmente el art. 16.2 del Convenio 169. Además, si bien se han elaborado varios procedimientos para asegurar el derecho al CPLI – gracias, en gran parte, a la labor de la Comisión Nacional sobre los Pueblos Indígenas –, éstos se han ido reduciendo a meros procesos superficiales y no cumplen con su propósito de hacer efectivo el CPLI. Para más información sobre el caso de Filipinas se puede consultar: RONILDA, Rosario. *Free, Prior and Informed Consent (FPIC): does it give indigenous peoples more control over development of their lands in the Philippines?*, Massachusetts Institute of Technology, 2008 [en línea]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/1721.1/44353>

<sup>91</sup> Convenio 169 de la OIT, art. 6.2

<sup>92</sup> Convenio 169 de la OIT, art. 16.2

---

<sup>93</sup> WARD, Tara, op.cit., p. 58.

En el marco del SIDH, los avances más relevantes en la materia se destacan en el *Caso Saramaka*, donde la CorteIDH afirma que se debe obtener el CPLI del pueblo involucrado “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio”, o bajo otra formulación, “cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad”<sup>94</sup>. Dicho criterio se basa en documentos del Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas y del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>95</sup>.

Analizando los hechos del caso, la CorteIDH concluye que la madera ha sido utilizada de manera tradicional y hasta la actualidad por el pueblo Saramaka. La Corte concluye así mismo que el Estado le negó el derecho a participar de manera efectiva antes del otorgamiento de licencias para la explotación maderera, a gozar de un estudio previo de impacto ambiental y social, o a participar de manera razonable y equitativa en los beneficios del proyecto. Por otro lado, aunque el oro no ha sido utilizado de manera tradicional, su explotación tiene impactos sobre recursos de los Saramaka y exige el cumplimiento de los mismos requisitos, lo que según la CorteIDH fue negado en este caso<sup>96</sup>. De la misma forma que el derecho a la CP, el derecho al CPLI se debe ejercer según las “costumbres y tradiciones” del pueblo interesado.

Antes de pasar a analizar el alcance del CPLI en el derecho colombiano, es interesante hacer una precisión respecto a lo que se ha dicho en esta sección. Se ha señalado al inicio que los estándares internacionales y regionales relativos al CPLI son en su mayoría de carácter no vinculante. Sin embargo, cabe destacar que en Colombia la jurisprudencia de la CorteIDH es vinculante en virtud del bloque de constitucionalidad, al menos en cuanto debe tomarse como criterio hermenéutico en casos específicos como la consulta<sup>97</sup>. Por eso, los argumentos que se postulan en el *caso Saramaka* son fundamentales para hacer que el CPLI sea jurídicamente exigible a nivel interno.

---

<sup>94</sup> *Caso Saramaka*, párr. 134 y 137.

<sup>95</sup> En su informe el Relator afirma que “[s]iempre que los derechos afectados sean esenciales para la supervivencia de los grupos indígenas como pueblos distintos y los efectos previstos en el ejercicio de los derechos sean importantes, será necesario el consentimiento de los indígenas ante dichos efectos, el cual deberá ir más allá de limitarse a ser un objetivo de las consultas. En general se entiende que los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos recogidos en las leyes consuetudinarias sobre la tenencia de la tierra son necesarios para su supervivencia. En consecuencia, cabe suponer que el consentimiento de los indígenas es un requisito para los aspectos de cualquier operación extractiva que tenga lugar dentro de zonas reconocidas oficialmente a los pueblos indígenas o en que estos utilicen la tierra según prácticas consuetudinarias, o que tenga una influencia directa en las zonas de importancia cultural, en particular los lugares sagrados, o en los recursos naturales que son utilizados tradicionalmente por los pueblos indígenas en formas que son importantes para su supervivencia. Incluso si el consentimiento no es estrictamente necesario, se aplican otras salvaguardias, y todo impacto que imponga una restricción a los derechos indígenas debe, como mínimo, cumplir las normas de necesidad y proporcionalidad en relación con un fin público válido, como generalmente exige el derecho internacional de los derechos humanos cuando son permisibles restricciones en materia de derechos humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas”, James Anaya. Doc. UN A/HRC/21/47, 6 julio 2012, párr. 65 [en línea]. Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-2147\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-2147_sp.pdf)

<sup>96</sup> *Caso Saramaka*, párr. 144-157.

---

<sup>97</sup> La Corte Constitucional en la sentencia C-067/03 afirma que como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

## 4.B Derecho colombiano

### 4.B.1 ¿Cuáles son los principios fundamentales en los cuales se basa el derecho al CPLI?

La profesora Rodríguez propone la siguiente distinción entre el derecho a la CP y el derecho al CPLI:

*La consulta previa se fundamenta en el derecho a la participación, la cual en últimas no implica la toma definitiva de la decisión por parte de los pueblos indígenas, contrario a lo que sucede con el consentimiento libre, previo e informado que se fundamenta en el principio a la libre determinación de los pueblos, en virtud del cual pueden establecer su condición política, lograr libremente su desarrollo económico, social y cultural, es decir, que pueden decidir sobre los proyectos que logren afectarles y además les permita a los pueblos indígenas tomar la decisión final directamente<sup>98</sup>.*

Entre otras fuentes, fundamenta su afirmación en el artículo 3 de la Declaración de Naciones Unidas, que reza: *los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.* A ello se suma el artículo 9 de la Constitución Política colombiana, según el cual uno de los principios orientadores de la función del Estado es el respeto por la autodeterminación de los pueblos, autodeterminación que conceptualmente presenta un contenido diferente al derecho a la participación, fundamento de la CP.

Otros podrán argumentar al contrario que el derecho a la libre determinación y al desarrollo propio se manifiesta tanto en la CP como en el CPLI, porque ambos derechos permiten a los pueblos indígenas y afrodescendientes incidir sobre el manejo de su territorio. Sin embargo, cabe recordar que la importancia del derecho al CPLI va más allá de decidir sobre la realización de proyectos puntuales en el territorio, ya que se relaciona con la capacidad de los pueblos protegidos de escoger su destino colectivo.

### 4.B.2 ¿Cuál es el alcance del derecho al CPLI para pueblos indígenas y afrodescendientes?

La Corte Constitucional ha identificado varios casos en los cuales se aplica el CPLI:

1. planes de desarrollo que tengan mayor impacto dentro del territorio de comunidades negras o indígenas<sup>99</sup>;
2. inversiones a gran escala que tengan mayor impacto dentro del territorio colectivo de pueblos indígenas o comunidades negras<sup>100</sup>;
3. traslado o reubicación de dichas comunidades<sup>101</sup>;
4. almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas<sup>102</sup>;
5. un alto impacto social, cultural y ambiental sobre la comunidad étnica que pueda poner en riesgo la existencia de la misma<sup>103</sup>.

En la sentencia C-461 de 2008, la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 1157 de 2007, aprobando el Plan de desarrollo 2006-2010. A pesar de ello, y por falta de CP, la Corte Constitucional ordenó suspender “la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afro descendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la CP específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional”. Sin embargo, no se exigió la obtención del CPLI, presuntamente porque todavía no se había fallado la sentencia T-769/09.

---

<sup>99</sup> Sentencia T-769/09.

<sup>100</sup> *Ibíd.*

<sup>101</sup> Art. 16(2) de la ley 21 de 1991.

<sup>102</sup> Sentencia T-129/11.

<sup>103</sup> Sentencia T-129/11.

---

<sup>98</sup> RODRÍGUEZ, Gloria Amparo, op. cit., pp. 69-70.

En la sentencia T-769/09, la Corte Constitucional falló a favor de una tutela presentada por parte de la Comunidad Bachidubi en contra del proyecto minero Mandé Norte de Muriel Mining Corporation. Los tutelantes argumentaban que el proyecto afectaba los territorios de más de once comunidades indígenas, dos comunidades negras y de varias comunidades campesinas. En ella, la Corte reconoce el derecho de las comunidades indígenas a la CP y “*la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales comunidades, al igual que a las riquezas naturales de la Nación*”. Ordena que se suspenda el proyecto minero hasta que se garantice la CP y el derecho al CPLI. Refiriéndose al caso *Saramaka*, la Corte indica:

*Frente al consentimiento libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones, en el caso bajo estudio se observa que el acta de protocolización verificada con algunas colectividades se ha asimilado a un simple trámite administrativo, en el cual la comunidad no ha tenido oportunidad de pronunciarse a fondo frente al proyecto que explorará y explotará minerales en su territorio ancestral. Así, se han venido desconociendo sub reglas constitucionales, que son de obligatoria observancia en estos casos e involucran en la CP los principios de buena fe y de consentimiento libre e informado, que deben gobernar el proceso<sup>104</sup>.*

Poco después la Corte Constitucional falló en la sentencia T-129/11 a favor de dos comunidades Embera del Norte de Chocó que enfrentaban el desarrollo de varios proyectos en su territorio ancestral (construcción de una carretera, interconexión eléctrica, actividades mineras y presencia de colonos, entre otros). De manera similar a la sentencia T-769/09, la Corte ordenó la suspensión de las obras hasta que se garantice el derecho a la CP. Así mismo, la Corte reafirmó tres de los supuestos en que es indispensable obtener el CPLI:

*(...) aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.*

<sup>104</sup> Sentencia T-769/09, párr. 42.

De manera interesante surge el concepto de “*alternativa menos lesiva*”. Al contrario de un veto, la Corte Constitucional afirma que el derecho al CPLI es el derecho a “*determinar la alternativa menos lesiva*” que existe en un proyecto de desarrollo. El CPLI sólo tendrá el efecto de un veto en circunstancias donde no hay formas alternativas de realizar el proyecto sin afectar a los derechos fundamentales del pueblo interesado:

*Ahora, en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.*

Esto constituye un cambio importante de lenguaje en comparación con la sentencia T-769/09, la declaración del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas<sup>105</sup> y el informe del Comité de Naciones Unidas<sup>106</sup>, según los cuales el CPLI debe ser obtenido en las circunstancias que ya se han mencionado.

<sup>105</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-769/09: “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala dos ejemplos de situaciones en que el consentimiento es exigible mas allá de ser un objetivo de la consulta: el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). El Relator Especial agregaría además, como ejemplo en el que se requiere el consentimiento indígena, el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos.”

<sup>106</sup> Cfr. Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador, sesión sesenta y dos, 2 de junio de 2003, párr. 16. ONU Doc. CERD/C/62/CO/2.

## 4.C Discusión

Tal como se manifestó con anterioridad, el derecho a la propiedad del territorio ancestral de los pueblos indígenas y tribales es inseparable de su derecho a la libre determinación, a la integridad cultural y al desarrollo propio. Con base en ello, parece extraño notar que la Corte Constitucional de Colombia afirme que la condición general para que sea exigible el derecho al CPLI es que nos encontremos frente a proyectos cuyo impacto sería el de “obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura”, de “desfigurar o desaparecer sus modos de vida”, el “aniquilamiento o desaparecimiento del grupo”, un “riesgo [a] la existencia de la [comunidad]” o la “imposibilidad de [...] gozar y usar de forma regular el territorio”. Con base en este estándar, estableció tres casos en los cuales se debería obtener el CPLI:

1. traslado de comunidades,
2. almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos, o
3. alto impacto social, cultural y ambiental que pueda poner en riesgo la existencia misma de la comunidad.

Esta definición del contenido y alcance del derecho al CPLI parece poco acorde con el criterio desarrollado por la CorteIDH en el *caso Saramaka*. El Relator Especial de la ONU, citado por la misma Corte Constitucional, subraya que dichas instancias son “ejemplos” de situaciones donde el CPLI es exigible. Contrario a ello, la Sentencia T-129/11 presenta dicha lista como una enumeración exhaustiva, sin precisar que constituyen ejemplos. Al contrario, la CorteIDH ha expresado que se deberá obtener el CPLI frente a “grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo [en cuestión] a gran parte de su territorio”<sup>107</sup>, sin hacer mención de la necesidad de un riesgo para “la existencia de la comunidad”. Bajo este punto de vista, la sentencia T-129 y su introducción de categorías rígidas presenta un retroceso para los derechos de los pueblos indígenas de Colombia e incluso respecto a los estándares internacionalmente establecidos. Uno podría preguntarse, de hecho, por qué un pueblo daría su consentimiento a un proyecto que pondría en riesgo “la existencia de la comunidad” y si, aún con su consentimiento, el Estado involucrado estaría legitimado frente al derecho internacional para autorizar la realización de una obra que tuviera tales implicaciones.

---

<sup>107</sup> *Caso Saramaka*, párr. 137.

# 5. CONCLUSIÓN

El presente documento ha permitido identificar las características principales del marco internacional y colombiano desarrollado a fin de proteger el derecho de los pueblos indígenas y tribales a su territorio, mediante el ejercicio del derecho a la CP y al CPLI. Obviamente, la investigación realizada es solamente parcial y otros instrumentos y otras fuentes hubieran podido permitir tener una visión aún más profunda del asunto. Sin embargo, esperamos que los elementos recogidos aquí puedan servir como punto de partida para desarrollos futuros de litigio en favor de los pueblos indígenas y tribales, así como para profundizar la investigación.

En las secciones sobre derecho internacional se ahondó el estudio del Sistema Interamericano por cuanto consideramos que su labor es la herramienta más relevante y desarrollada frente a la protección concreta y la garantía de los derechos de los pueblos indígenas y étnicos, en especial el de CP, autonomía y autodeterminación; y no sólo se concluye su importancia a nivel de un posible litigio ante la CorteIDH, como se ha visto en el estudio de su jurisprudencia sobre el tema, sino como un criterio vinculante que debe ser tenido en cuenta por el Estado colombiano en su actividad legislativa, administrativa y judicial, susceptible de ser incoado en el ordenamiento nacional.

Es así como en el ámbito nacional, el litigio relativo a los derechos de los pueblos indígenas y étnicos se ha visto fortalecido por el concepto de bloque de constitucionalidad, y ha encontrado en la Corte Constitucional colombiana un gran aliado. Es el único organismo que ha entendido el alcance y contenido del CPLI y de los derechos fundamentales a la CP, autonomía y autodeterminación. Es por esto que el documento ha elegido concentrarse en estas dos instituciones, ya que configuran organismos respetuosos y garantistas de los derechos y de la integridad de las comunidades en mención.

Cabe aclarar que en el caso colombiano, y como se ha señalado, la Corte Constitucional no ha sido totalmente coherente en el tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas y étnicos; su jurisprudencia ha presentado algunos retrocesos y variaciones, cuya explicación podría ubicarse en el campo político, y su deber de protección y garantía de derechos en varias ocasiones ha destacado por su pasividad o debilidad en las decisiones. No obstante, a nivel nacional, el máximo Tribunal Constitucional se presenta como el último bastión de los pueblos indígenas y étnicos. Por ello, el estudio de sus pronunciamientos, así como los de la CorteIDH, se hace imprescindible en la tarea incesante de exigibilidad y defensa de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades negras.

Por último, es necesario mencionar que tanto en el ámbito internacional como nacional el paso desde el derecho fundamental a la CP hasta el derecho al CPLI está todavía en su fase inicial. Aún no se ha definido de manera clara el contenido y alcance del derecho, debido probablemente a las potenciales implicaciones que éste pueda tener en la definición de las políticas económica y social del Estado. A pesar de que sólo se cuenta con una sentencia de la CorteIDH y una providencia de la Corte Constitucional, se ha esgrimido palmariamente la necesidad de conseguir el CPLI en determinados casos, y no sólo agotar el proceso de consulta. El CPLI no es un derecho que esté asentado con suficiencia en la jurisprudencia o en los tratados vinculantes; sin embargo lo hemos estudiado y puesto a discusión con la certidumbre de que debe reconocerse, en ciertos escenarios, como un derecho fundamental, y que la única manera de lograrlo es estudiando y discutiendo su contenido y alcance, así como exigiendo su observancia, respeto y garantía por parte de las instancias judiciales.

# ANEXO I

## Instrumentos de derecho internacional en materia de derecho a la consulta previa

### En el Sistema Internacional de Naciones Unidas

- *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*
- *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*
- *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*
- *Convención sobre los Derechos del Niño*
- *Convenio sobre Diversidad Biológica*
- *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*

### En el Sistema Interamericano

- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*
- *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*

### En el sistema Africano

- *Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention)*

Aunque existen otros, hemos identificado como relevantes los documentos internacionales siguientes:

- Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas;
- Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, John Ruggie;
- Striking a Better Balance. The World Bank Group and Extractive Industries. The Final Report of the Extractive Industries Review, Vol. I, December 2003;
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general xxiii (51), sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, aprobada en la 1235ª sesión, celebrada el 18 de agosto de 1997. (A/52/18);
- Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Comentario relativo a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, (E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2);
- Inter-American Development Bank's (IADB) 1990 Strategies and Procedures on Socio-Cultural Issues as Related to the Environment;
- Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Colombia. 06/12/2001. E/C.12/1/Add.74;
- Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Interamericana De Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 diciembre 2009.

# ANEXO II

## Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas al derecho al territorio

- Corte IDH. *Caso Aloboetoe y otros Vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11;
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79;
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124;
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125;
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146;
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172;
- Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212;
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214;
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

# ANEXO III

## Cuadro de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en cuanto a consulta previa

SOBRE MEDIDAS LEGISLATIVAS	SOBRE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS (PROYECTOS DE DESARROLLO)	SOBRE OTRAS MEDIDAS
<p><b>I.</b> Sentencia C-169 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.</p> <p><b>II.</b> Sentencia C-418 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.</p> <p><b>III.</b> Sentencia C-891 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.</p> <p><b>IV.</b> Sentencia C-620 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.</p> <p><b>V.</b> Sentencia C-382 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.</p> <p><b>VI.</b> Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.</p> <p><b>VII.</b> Sentencia C-227 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.</p> <p><b>VIII.</b> Sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.</p> <p><b>IX.</b> Sentencia C-750 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.</p> <p><b>X.</b> Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Vila.</p> <p><b>XI.</b> Sentencia C-615 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p><b>XII.</b> Sentencia C-063 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p><b>XIII.</b> Sentencia C-608 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p><b>XIV.</b> Sentencia C-702 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.</p> <p><b>XV.</b> Sentencia C-915 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p><b>XVI.</b> Sentencia C-941 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.</p> <p><b>XVII.</b> Sentencia C-027 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.</p> <p><b>XVIII.</b> Sentencia C-187 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p><b>XIX.</b> Sentencia C-366 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Vila.</p> <p><b>XX.</b> Sentencia C-490 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Vila.</p> <p><b>XXI.</b> Sentencia C-317 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.</p>	<p><b>I.</b> Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.</p> <p><b>II.</b> Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.</p> <p><b>III.</b> Sentencia T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.</p> <p><b>IV.</b> Sentencia C-418 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.</p> <p><b>V.</b> Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.</p> <p><b>VI.</b> Sentencia T-955 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.</p> <p><b>VII.</b> Sentencia T-880 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.</p> <p><b>VIII.</b> Sentencia T-154 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.</p> <p><b>IX.</b> Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.</p> <p><b>X.</b> Sentencia T-547 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.</p> <p><b>XI.</b> Sentencia T-745 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p><b>XII.</b> Sentencia T-1045A de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.</p> <p><b>XIII.</b> Sentencia T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.</p> <p><b>XIV.</b> Sentencia T-693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.</p> <p><b>XV.</b> Sentencia T-698 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Vila.</p> <p><b>XVI.</b> Sentencia T-823 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.</p>	<p><b>Decisiones administrativas locales</b></p> <p><b>I.</b> Sentencia T-634 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.</p> <p><b>II.</b> Sentencia T-737 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.</p> <p><b>III.</b> Sentencia T-601 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.</p> <p><b>Etnoeducación</b></p> <p><b>I.</b> Sentencia C-208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.</p> <p><b>II.</b> Sentencia T-116 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.</p> <p><b>III.</b> Sentencia T-379 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.</p>

Esta publicación ha sido elaborada con la ayuda del gobierno de Canadá. El contenido de esta publicación es de sola responsabilidad de Abogados sin fronteras Canadá y no refleja necesariamente la posición del gobierno canadiense. Este documento está también disponible en la página web de Abogados sin fronteras Canadá, en [www.asfcanada.ca](http://www.asfcanada.ca)



Gouvernement  
du Canada

Government  
of Canada

Canada



**ASF**  
**Canada**